

Bogotá D.C, 07 de noviembre de 2023

Señor.

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretario Ejecutivo

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Asunto: Intervención en la solicitud del Estado de Argentina de Opinión Consultiva sobre el Derecho al Cuidado

Nosotros, Ana María Idárraga Martínez, Diana Salcedo Muñoz, Dary Rivero Carrillo, Andrés Felipe Roncancio Rodríguez, Verónica Hernández López, miembros activos de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana, en conjunto con María Fernanda Flores Mejía, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Emely Amador Baranda, estudiante de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana; bajo la dirección de Juana Acosta-López, Directora de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana, y María Carmelina Londoño, Directora del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana, presentamos, a nombre propio,¹ intervención ante la solicitud del Estado de Argentina para la emisión de Opinión Consultiva por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con “*el contenido y el alcance del derecho al cuidado y las obligaciones estatales correspondientes, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos*”. La presente intervención se realizó con el apoyo de la Facultad de Enfermería y Rehabilitación de la Universidad de La Sabana, que entregó una serie de insumos que se anexan a esta intervención².

El 20 de enero de 2023, el Estado Argentino presentó una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre el “contenido y alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”, en consonancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales. En concreto, se pide a la Corte IDH clarificar el concepto de cuidado como derecho humano y las obligaciones estatales relacionadas, considerando diversos artículos en tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otros.

Con el fin de aportar insumos a este H. Tribunal, para dar respuesta a las preguntas del Estado de Argentina, el presente documento se dividirá de la siguiente manera: (i) se presentará el caso de

¹ La intervención se presenta a título personal y no representa la opinión de la Clínica Jurídica o de la Universidad de La Sabana.

² Anexo 1: Presentado por la profesora Maria Elisa Moreno Fergusson; Anexo 2: Compilado por la Decana de la Facultad de Enfermería y Rehabilitación, doctora Gloria Carvajal Carrascal.

Isabel y su familia, un caso en el que la víctima es representada por la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana, como un caso de estudio que representa las diversas dificultades que implican los contextos de cuidado; (ii) se pondrá de presente la relevancia de avanzar en la protección de la familia como el escenario natural del cuidado; (iii) se evidenciarán los derechos de los cuidadores que están siendo vulnerados y respecto de los cuales se requiere un pronunciamiento de la H. Corte; (iv) se pondrán de presente las dificultades que implica el reconocimiento o creación de derechos a través de Opiniones Consultivas; y (v) se presentarán algunas conclusiones.

Antes de iniciar, quienes suscriben este documento quisiéramos manifestar la absoluta importancia de fortalecer las garantías y protecciones de las personas que se dedican al cuidado de otros, y por ello, invitamos a que la Corte Interamericana ejerza una labor de interpretación que contribuya a este propósito. Sin embargo, creemos firmemente que este objetivo no se consigue ampliando el catálogo de derechos innominados. Ya que, esta ampliación de derechos envía un mensaje que, en nuestra consideración, es equivocado: que los derechos consagrados en la Convención no son suficientes para lograr una adecuada protección. Más bien, se requiere una actividad proactiva del SIDH para dar alcance y proteger los derechos ya existentes, que en muchos casos son vulnerados de forma reiterada. Como pondremos de presente en esta intervención, personas reales, como Isabel y su familia, ven cada día vulnerados sus derechos, cuestión que no se soluciona creando nuevos derechos, sino materializando los ya existentes.

1. Isabel y su familia, un caso de estudio de las dificultades que enfrentan las cuidadoras familiares de personas con discapacidad

La Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana ha venido representando a Isabel y su familia en distintos procedimientos a nivel nacional, con el fin de promover el reconocimiento de sus derechos. Este caso, como a continuación podrá observar la H. Corte, se refiere a una familia monoparental, en la que una madre soltera, agricultora, y cuidadora ha tenido que enfrentar múltiples barreras en el Estado colombiano para garantizar los derechos humanos de ella y de sus hijas. La situación de Isabel y su familia sirve como un caso de estudio para la presente intervención, ya que pone de presente la falta de materialización de los derechos de las personas que requieren cuidado y de sus cuidadores. Así mismo, permite evidenciar como no solo es innecesario crear nuevos derechos para garantizar una mayor protección de las personas, sino que esta ampliación ilimitada del catálogo de derechos envía un mensaje equivocado: la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los grupos vulnerables se encuentra supeditada a que se creen nuevos derechos que los cobijen.

Isabel³ es una niña de 12 años de edad con discapacidad severa que fue diagnosticada con síndrome dismórfico aún no especificado, colostomía desde la etapa neonatal, luxación de cadera, rótula de rodilla y pie equino varo. Su principal apoyo es su hermana pequeña, María, de 11 años y su madre Laura, de 28 años, una mujer agricultora, madre soltera y cabeza de familia que ha tenido que equilibrar su trabajo poco estable en el campo, con el cuidado constante de su hija. Laura se esfuerza diariamente para que todas las necesidades básicas de Isabel sean cubiertas, este

³ Estos nombres han sido modificados por la solicitud de reserva de identidad del caso.

compromiso abarca desde su alimentación diaria hasta facilitar su desplazamiento de un lugar a otro.

Este caso refleja las múltiples barreras que enfrentan las personas con discapacidad y su núcleo familiar, sobre todo aquellas que viven en la ruralidad. Tanto entidades públicas como privadas les han cerrado sus puertas, negándoles el acceso y ejercicio de sus derechos fundamentales a la salud, educación, y el mínimo vital. Así, algunos de los problemas que enfrenta Isabel y su familia son:

- La negación de la pensión de sobrevivientes que le correspondía a Isabel y su hermana María por la muerte de su padre, con fundamento en trabas administrativas.
- La imposibilidad de Isabel de acceder al colegio por la falta de adecuaciones físicas de este.
- La imposibilidad de contar con un acompañante en el colegio (su madre o un tercero) por cuanto el transporte que le fue dispuesto no permite que sus cuidadores la acompañen al colegio en dicho transporte. El colegio de Isabel queda a dos horas de su residencia.
- La demora en sus tratamientos médicos por la inexistencia de medios de transporte desde su residencia hasta los centros médicos, y la imposibilidad de su madre y cuidadora Laura de ausentarse reiteradamente de su trabajo.
- La afectación a su mínimo vital por la ausencia de subsidios respecto de Laura como madre, cabeza de hogar, cuidadora y mujer rural.

Laura, como madre cabeza de familia, ha tenido que levantar su voz de todas las maneras posibles, a través de llamadas telefónicas, derechos de petición y visitas a múltiples entidades para que sus prerrogativas constitucionales y legales les sean garantizadas. Así, a pesar de tener un marco jurídico que propende por su protección, por el reconocimiento de sus derechos y el de sus hijas en la normativa, esto no ha sido suficiente. Y este no es solo el caso de Laura, como se menciona en el Anexo 1 de esta intervención:

“Los cuidadores de personas con discapacidad expresan que “mantienen una lucha con las instituciones de salud” para lograr la atención y rehabilitación de los pacientes; las dificultades económicas, que complican la situación y las oportunidades de cuidar; las dificultades para movilizarlos y con el transporte (el transporte público en general no está adaptado, los taxistas en su mayoría no los recogen por la silla de ruedas) las barreras arquitectónicas en la ciudad, los espacios no están adecuados para que circule una persona en silla de ruedas, las rampas muchas veces están mal hechas.”⁴

Son cientos de colombianos, y tal vez miles de latinoamericanos, los que enfrentan retos día a día en el cuidado de sus familiares en condición de discapacidad. Colombia tiene uno de los marcos jurídicos más garantistas en materia de derechos humanos, y aun así todas estas garantías normativas no se han podido materializar en la práctica en el caso de Isabel y su familia. Este caso deja en evidencia como la creación constante de derechos en la normativa nacional e internacional no es suficiente, y cómo, por el contrario, existe un vacío fundamental en la puesta en marcha de los derechos ya existentes. Isabel y su familia no necesitan que se establezca el derecho al cuidado como un derecho innominado; eso no haría la diferencia. Isabel y su familia requieren que se

⁴ Anexo 1. Maria Elisa Moreno Fergusson.

concreten los derechos a la vida, la salud, la educación, la seguridad social, la igualdad y en especial, que su familia sea protegida como el espacio seguro en el que Isabel siempre ha contado con un cuidado respetuoso de su dignidad, aun ante la total ausencia del Estado.

Habiendo explorado este caso concreto que, como se señaló previamente, está siendo objeto de litigio en tribunales y entes administrativos en Colombia, a continuación se pondrán de presente dos elementos que, en consideración de la Clínica Jurídica, constituyen una oportunidad única de la Corte Interamericana en el marco de la presente opinión consultiva: (i) el reconocimiento de la familia como el primer escenario del cuidado, así como la necesidad de profundizar en su protección; y (ii) la necesidad de garantizar en la mayor medida posible los derechos de los cuidadores. Si la H. Corte avanza en estos dos niveles tendrá la posibilidad de cambiar radicalmente la realidad de Isabel y su familia, y muy posiblemente la realidad de miles de familias que en Latinoamérica enfrentan similares barreras.

2. El cuidado como una manifestación del derecho a la familia

El cuidado es fundamental para la garantía de otros derechos, como puede observar la H.Corte, es a través del cuidado que Laura ha cuidado de sus hijas, Isabel y María. Este cuidado se constituye en un medio irremplazable para garantizar los derechos de todas las personas dependientes, de conformidad con sus propias necesidades. Sin embargo, el cuidado no es un fin en sí mismo, el cuidado solo tiene sentido en la medida que garantiza otros derechos. Así las cosas, el primer contexto en el que se desarrollan relaciones de cuidado son las familias, en las que los miembros de la familia buscan proteger a sus miembros más vulnerables, ya sea por su edad, condición de salud, o vulnerabilidad económica.

Así las cosas, consideramos que el espacio natural en el que se materializa y se manifiesta el cuidado es en la familia y resaltamos que esta es una oportunidad para que esta H. Corte fortalezca y desarrolle el contenido y alcance del derecho a la familia, considerando que es el núcleo de la sociedad. En ese sentido, el siguiente acápite se dividirá de la siguiente manera: (i) pondremos de presente cuáles son los estándares interamericanos en relación con el derecho a la familia; (ii) y, desarrollaremos el cuidado y su relación intrínseca con la familia.

2.1. El derecho a la familia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Debido a la importancia que constituye la familia para el derecho, numerosos son los cuerpos legales que la toman como núcleo básico de la sociedad, tanto en derecho nacional como internacional, ejemplo evidente de ello es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 17 señala que “*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad*”. El derecho a la familia es reconocido además en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre, en otros.

⁵ Artículo 23.

En el ámbito interamericano, como se señaló previamente el artículo 17 de la CADH establece el contenido de la protección del derecho a la familia, así dispone:

- “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Como se evidencia, de las disposiciones convencionales se encuentra una especial protección a la familia nuclear, a la institución del matrimonio y al cuidado de los hijos. Así mismo, y en clave con los desarrollos que se han venido realizando del presunto derecho al cuidado, la Convención reconoce la importancia de establecer corresponsabilidades e igualdad en los deberes de los cónyuges. Es por esto, y por la evidente relación de cuidado que hay entre los miembros de las familias, que es el derecho a la familia el primero que debe ser fortalecido para promover una real cultura de cuidado, con énfasis en los más vulnerables de la sociedad, y que atienda a las necesidades particulares de cada persona y núcleo familiar.

Jurisprudencialmente y mediante recomendaciones de la CIDH se han ido profundizando algunas de las protecciones en relación con las familias, estas protecciones son:

- La necesidad de que existan corresponsabilidad y cargas equitativas en la familia, promoviendo una igualdad entre hombres y mujeres⁶.
- La necesidad de fortalecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁷.
- Considerar que la separación de los niños de sus padres, es una de las intromisiones más graves en la vida familiar, salvo cuando sea una medida necesaria fundada en el interés superior del menor⁸.

⁶ CIDH, Informe Final, Caso María Eugenia Morales vs. Guatemala.

⁷ Opinión Consultiva OC-17, supra nota 51, párr. 66, y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, supra nota 50, párr. 169.

⁸ Opinión Consultiva OC-17, supra nota 51, párr. 77, y Caso Gelman Vs. Uruguay, supra nota 49, párr. 125.

- El derecho de los niños y las niñas a crecer con la familia de origen, como uno de los elementos más importantes para proteger sus derechos y la protección de la familia⁹.
- La necesidad de que el Estado adopte medidas para prevenir condiciones que terminen en la separación familiar, como amenazas, atentados contra la vida de alguno de los miembros o trámites excesivos en los procesos de asilo¹⁰.

Como se evidencia, en la jurisprudencia interamericana se han establecido diferentes prerrogativas encaminadas a la protección familiar, pero no se ha desarrollado a profundidad las innegables relaciones de cuidado entre los distintos miembros de la familia, y las necesidades de corresponsabilidad y coexistencia de derechos entre sus miembros. Por lo que, en nuestra consideración esta solicitud de opinión consultiva es una oportunidad única para poder desarrollar estas dimensiones del derecho a la familia, que tendrán impacto sin duda en los miembros más vulnerables de la sociedad.

2.2. El cuidado y su necesaria interconexión con el derecho a la familia

En esta sección, pondremos de presente el concepto de familia como un entorno fundamental para la construcción social que, por su naturaleza, fomenta la búsqueda del bienestar mutuo a través de comprensión, afecto y cuidado entre sus miembros. A continuación, abordaremos (i) los instrumentos internacionales que respaldan el derecho a la familia y su relación con la labor del cuidado, y (ii) cómo esta visión del cuidado y la familia se materializa en los marcos legales nacionales de la región.

i. Instrumentos internacionales que evidencian la relación del derecho a la familia y el cuidado

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16, establece que: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”¹¹. Lo anterior, dado que se entiende que la familia es el espacio principal en el que la persona construye su identidad, desarrolla su sistema de valores y principios y, además, es la base para la construcción de su proyecto de vida.

Desde el inicio de la vida -esto es, la concepción-, cada individuo requiere de un cuidado por parte de sus padres, hermanos, abuelos o demás familiares, considerando que estos espacios les proporcionan herramientas -no solo materiales, para su crecimiento, como el alimento y la salud- sino también afectivas y psicológicas¹². De ahí que, la familia es mucho más que una unidad jurídica, social o económica; en efecto, no es en vano que es considerada el núcleo de la sociedad, por

⁹ CorteIDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Sentencia 27 de abril de 2012, párr.119.

¹⁰ Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia Sentencia de 3 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Párr.225-228.

¹¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos(1948), artículo 16. También artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹² Comité de los Derechos del Niño Día de Debate General 2021. Los Derechos de la infancia y el cuidado alternativo: informe de resultados. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

cuanto, en realidad, es la base de la transmisión de conocimientos, valores e identidad de la persona humana.

En este mismo sentido, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁴ han reconocido la protección que se le debe otorgar a la familia, considerando su importante rol en la sociedad pues es en donde -por naturaleza- las personas puedan ser asistidas y cuidadas por los demás miembros de la comunidad. Y, por tanto, se insta a los Estados a:

“La formulación, la aplicación y la promoción de políticas adaptadas a la familia en las esferas de la vivienda, el trabajo, la salud, la seguridad social y la educación a fin de crear un entorno favorable a la familia, que incluyan servicios asequibles, accesibles y de **calidad para el cuidado de los niños y otros familiares a cargo**”¹⁵(negrilla fuera del texto original).

De conformidad con el PIDESC, cada uno de los miembros de la familia tiene la necesidad, no solo de poder asegurar sus bienes humanos básicos, sino también de trabajar y conseguir los de su núcleo familiar.¹⁶ Por lo tanto, es importante que la sociedad y el Estado desarrollen estrategias que protejan a las familias y reconozcan su altísimo valor, teniendo en cuenta que es a través de ellas que se protege el tejido social y otros derechos esenciales.

Estas necesidades de asistencia -sobre todo- se ven concretadas en personas en situación de mayor vulnerabilidad como lo son: (i) los niños, (ii) los adultos mayores o (iii) las personas en situación de discapacidad.

En el primer caso, se reconoce que en la familia recae la responsabilidad primordial del cuidado y la protección de los menores. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a: “[l]a familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural **para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias** para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”¹⁷. De esta forma, se entiende que cada NNA tiene derecho a tener un acompañamiento y apoyo desde el comienzo de la vida. De forma tal que crezcan en un ambiente de seguridad y afecto donde puedan desarrollarse. Así las cosas, la Convención reconoce que el cuidado por parte de las familias ayuda a que cada menor pueda alcanzar al máximo su potencialidad, toda vez que es un espacio en donde se atienden sus necesidades físicas básicas, las de carácter afectivo, relacional y expresivo¹⁸.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 y 11.

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos. Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible. A/HRC/RES/29/22.

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11. Comité de Derechos Económicos Sociales y culturales. Observación General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)

¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo, artículo 3.

¹⁸ Ibid.

Finalmente, es importante recalcar que este cuidado se predica de todos los niños y niñas, en todas sus etapas de desarrollo, incluida la prenatal, pues en la Convención en el artículo 1 se define al niño como **“todo ser humano menor de 18 años de edad (...)”**¹⁹(negrilla fuera del texto original). En este sentido, la norma no hace ningún tipo de distinción sobre la etapa de desarrollo de cada niño o niña sino que protege a todos los individuos de la especie humana.

En segunda medida, frente al asistencia de los adultos mayores, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Persona Mayores establece que es:

“La responsabilidad del Estado y **participación de la familia** y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna”²⁰ (negrilla fuera del texto original).

El cuidado de las personas mayores desde un entorno familiar genera oportunidades de bienestar físico y mental, así como su inclusión dentro de la comunidad. Es importante, que los adultos mayores puedan tener espacios para desarrollar un envejecimiento activo y saludable, sobre todo teniendo en cuenta que, en las tendencias demográficas regionales, este grupo poblacional ha aumentado con los años y lo continuará haciendo²¹.

En tercer lugar, frente a las personas en situación de discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad reitera que se deben dar medidas estatales para el reconocimiento del cuidado en ambientes familiares, ya sea por parte de uno de los miembros, de manera permanente o si tienen apoyo mediante servicios temporales de cuidado²². Este aspecto también puede verse referenciado en el artículo 5:

“Los Estados Parte harán todo lo posible, **cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible,** dentro de la comunidad en un entorno familiar”²³ (negrilla fuera del texto original).

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Hombre establece los deberes de cuidado al interior de las familias, cuestión que pone en evidencia el escenario natural de cuidado que compone esta unidad básica de la sociedad:

¹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo, artículo 1.

²⁰ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Artículo 3(o).

²¹ Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina Sandra Huenchuan Navarro Proyecto “Implementation of the Madrid Plan of Action on Ageing and the Regional Conference on Ageing”(UNFPA) Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE, División de Población de la CEPAL) S E R I E población y desarrollo 51 Santiago de Chile, abril de 2004

²² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 28

²³ Ibidem, artículo 5.

“Artículo XXX. Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.”

Siendo así, se evidencia que la intervención por parte del Estado es subsidiaria y que el primer llamado a cuidar es la familia. Estas normas internacionales son una muestra de que, por naturaleza, en los seres humanos, el escenario primordial e ideal de cuidado se ejerce en el marco de un ambiente familiar.

ii. Aplicación por parte de ordenamientos jurídicos nacionales de la región

Dentro de los diferentes sistemas que se encuentran en el continente americano, cada país ha desarrollado normas que permiten proteger el cuidado de los miembros de la familia en los distintos periodos de la vida. Sobre todo, teniendo en cuenta la realidad y el contexto en que viven, por tanto, en el presente apartado se evidenciarán normas de diferentes ordenamientos jurídicos que protegen el cuidado desde el núcleo familiar para los NNA, adultos mayores y personas en situación de discapacidad:

País	Norma Jurídica		
	Código Civil Colombiano ²⁴	Ley 1850 de 2017 ²⁵	Ley 2297 de 2023 ²⁶ y Ley 1098 de 2006 ²⁷
Colombia	En el Título XXI del Código Civil colombiano establece la figura jurídica de alimentos . Principalmente, se ha entendido que los “alimentos” incluye tanto la alimentación como el vestido, recreación, formación integral y asistencia que se debe tener a los miembros de la familia como lo son el cónyuge, los hijos, nietos, padres, hermanos.	El artículo 9 reitera que las personas adultas mayores tienen derecho a los alimentos y demás medios de mantenimiento físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. En este sentido, en la ley se ordena a los familiares a cuidar a estos adultos y cuando no sea suficiente o hayan sido abandonados es cuando el	El artículo 4 de la norma en las definiciones establece que el cuidado o asistencia personal puede ser prestada por familiares u otra persona a las personas con discapacidad ²⁸ .

²⁴ Código Civil Colombiano. Ley 84 de 1873 (26 de mayo).

²⁵ Congreso de la República de Colombia. Ley 1850 de 2017. Por medio de la cual se establecen medidas de protección al adulto mayor en Colombia, modifican las leyes 1251 de 2008, 1315 de 2009, 599 de 2002 y 1276 de 2009, se penaliza el maltrato intrafamiliar por abandono y se dictan otras disposiciones.

²⁶ Congreso de la República de Colombia. Ley 2297 del 2023 establece beneficios para cuidadores de personas en situación de discapacidad.

²⁷ Congreso de la República de Colombia. Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia.

²⁸ Artículo 4 (c): Cuidado o asistencia personal: Es la atención prestada por familiares u otra persona a personas con discapacidad de manera permanente con enfoque de derechos humanos de conformidad con lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El cuidado o asistencia personal podrá ser remunerado.

	En el artículo 253 se dispone que los padres son los encargados del cuidado personal, la crianza y educación de sus hijos.	Estado debe entrar a suplir esta protección.	Se hace una especial mención en la norma cuando el menor de edad tiene alguna anomalía congénita o discapacidad pues necesitará un cuidado especial, en primer lugar los llamados a realizarlo son sus padres.
México	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²⁹	Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores³⁰	Ley General para la Inclusión de las personas con discapacidad³¹
	Se establecen los mecanismos de cuidado de los menores en donde se reitera la priorización de esa asistencia en un entorno familiar. Sobre todo, bajo la figura de patria potestad.	En el artículo 5 se establece que cuando las familias necesitan apoyo para el cuidado de los adultos mayores, podrán recibirlo por parte de las instituciones públicas. Y en el artículo 18, se reitera ese llamado que tienen los núcleos familiares de cuidar a estas personas.	Dentro del artículo 7 que se disponen los derechos de las personas con discapacidad se reconoce la necesidad de brindar información, orientación, tratamiento psicológico a las personas con discapacidad a sus familiares y a los que se encargan de su cuidado.
Salvador	Ley Crecer Juntos³²	Código de Familia (Decreto No.677)³³	Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad³⁴

²⁹ Cámara de Diputados del H.Congreso de la Unión. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (reformada 26 mayo 2023).

³⁰ Cámara de Diputados del H.Congreso de la Unión. Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/ninez_familia/material/ley-derechos-adultos-mayores.pdf

³¹ Cámara de Diputados del H.Congreso de la Unión. Ley General para la Inclusión de las personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPD.pdf>

³² Gobierno de El Salvador. Ley Crecer Juntos: para la Protección Integral de la Primera Infancia, Niñez y Adolescencia. Disponible en: <https://www.unicef.org/elsalvador/media/4611/file/Ley%20Crece%20Juntos.pdf>

³³ Asamblea Legislativa de la República de el Salvador. Código de Familia. Decreto No.677.

³⁴ Gobierno de el Salvador. Ley Especial de Inclusión de las Personas con Discapacidad. Disponible: <https://conaipd.gob.sv/wp-content/uploads/2021/01/Ley-Especial-de-Inclusi%C3%B3n-de-las-Personas-con-Discapacidad.pdf>

	<p>Considera a la familia y a los padres como ese núcleo esencial para la protección y cuidado de los NNA.</p> <p>En la norma se dispone como un cuidado cariñoso y sensible que recoge tanto la salud, nutrición, seguridad, atención receptiva como los mecanismos emocionales y cognitivos, reducir el estrés, entre otras implicaciones³⁵.</p>	<p>El artículo 391 y 392 reiteran que la familia es la principal responsable por los cuidados personales de las personas mayores. Por eso, su protección debe ser integral donde se garantice el respeto, tolerancia y un ambiente tranquilo³⁶.</p>	<p>El artículo 71 protege el derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social. Por eso dispone medidas y acciones que ayuden a las personas con discapacidad y a sus familias para tener servicios básicos y condiciones dignas, pues allí donde se dan los cuidados de estas personas.</p>
Chile	Ley 21430³⁷		Ley 20422³⁸
	<p>El artículo 2 dispone a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros. Se concreta que los padres y/o madres son los que preferentemente se deben encargar del cuidado, crianza, formación y asistencia de los menores³⁹.</p>		<p>En el artículo 22 se recalca que en los procesos de rehabilitación de las personas con discapacidad pueden participar las familias o quienes tengan su cuidado. También la norma hace referencia que los cuidadores pueden ser personas que tengan parentesco con ellas.</p>

³⁵ Artículo 2- Cuidado cariñoso y sensible: Es el conjunto de condiciones que se proveen a niñas y niños para garantizar su salud, nutrición, seguridad, protección, atención receptiva y oportunidades para un aprendizaje temprano. Tiene como objetivo atender y responder a sus necesidades e intereses, garantizar sus derechos, protegerlos de los peores efectos de la adversidad, reducir sus niveles de estrés y fortalecer los mecanismos emocionales y cognitivos para hacer frente a las situaciones difíciles.

³⁶ Art. 392.- Las personas adultas mayores, tienen derecho a vivir al lado de su familia, siendo ésta la principal responsable de su protección; la sociedad y el Estado la asumirán, cuando ellas carecieren de familia o cuando la que tengan, no sea capaz de proporcionarles una protección adecuada.

³⁷ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Ley 21430: Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

³⁸ Ministerio de Planificación. Ley 20422: Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

³⁹ Artículo 2. Es deber de la familia, de los órganos del Estado y de la sociedad, respetar, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en especial de los niños, niñas y adolescentes, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la sociedad. El derecho y deber de crianza, cuidado, formación, asistencia, protección, desarrollo, orientación y educación de los niños, niñas y adolescentes corresponde preferentemente a sus padres y/o madres, quienes ejercerán este derecho y deber impartiendo dirección y orientación apropiadas para el ejercicio de sus derechos, en consonancia con la evolución de sus facultades.

Panamá	Código de la Familia ⁴⁰	Protocolo atención integral a personas mayores con niveles de dependencia ⁴¹	Política de discapacidad de la República de Panamá ⁴²
	<p>En el artículo 569, se indica el deber del Estado panameño de desarrollar políticas sociales de prevención, protección y promoción del bienestar general de los niños, proporcionándole oportunidades para el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en condiciones de libertad, respeto y dignidad, sin discriminación alguna.</p>	<p>Este protocolo desarrolla: (i) las habilidades, conocimientos y aptitudes en el cuidado de personas adultas mayores y (ii) Identifica las necesidades especiales de las personas mayores de acuerdo a los problemas de salud que les afecten.</p>	<p>Esta política busca determinar los factores de riesgo de la discapacidad para controlarlos, monitorearlos y mitigar sus consecuencias, así como promover, la incorporación de prácticas que aseguren el cumplimiento de la normativa jurídica en torno a la discapacidad.</p>

De la recopilación normativa a nivel regional se puede concluir que: (i) el cuidado tiene varias esferas (física, psicológica, afectiva), (ii) la familia es el primer escenario donde se debe ejercer el cuidado de los NNA, adultos mayores o personas con discapacidad, (iii) para el caso de los menores de edad, el cuidado también implica la enseñanza de conocimiento, valores y principios y (iv) a través del cuidado, se genera un espacio de bienestar y seguridad para las personas.

En el contexto colombiano, tal como lo señaló la Facultad de Enfermería y Rehabilitación, en general “los cuidadores son mujeres y familiares de la persona que cuidan”⁴³. Estos cuidadores, como se verá a continuación, en muchos casos, tienen barreras por su nivel de escolaridad o por que deben proveer de sustento a los demás integrantes de las familias. Así, es fundamental que la H. Corte avance en una protección concreta de la familia como el escenario natural del cuidado en las sociedades.

En ese sentido, como evidenciábamos, esta es una oportunidad para que la H. Corte desarrolle el derecho a la familia, que ha tenido tan poco desarrollo en la jurisprudencia interamericana. Así, este derecho convencional, con un alcance y contenido claro, así como un fundamento jurídico vinculante, requiere que esta H. Corte lo desarrolle, mediante el reconocimiento de: (i) su importancia en la sociedad, (ii) su carácter preferente en el momento de la toma de decisiones sobre el cuidado de los miembros más vulnerables de la sociedad, (iii) la inviolabilidad de la autonomía y privacidad familiar, salvo por razones imperiosas, (iv) la importancia de promover visiones equitativas del cuidado en la familia, y (v) la necesidad de que existan en las sociedades

⁴⁰ Asamblea Legislativa.17 de mayo de 1994. Código de la Familia. Disponible en: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigo-familia-panama.html>

⁴¹ Ministerio de Desarrollo Social de la República de Panamá. Protocolo atención integral a personas mayores con niveles de dependencia. Tomado de: https://panama.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/protocolo_0.pdf

⁴² Secretaría Nacional de Discapacidad. Política de discapacidad de la República de Panamá. Disponible en: <https://www.senacyt.gob.pa/wp-content/uploads/2017/04/Politica-de-Discapacidad-de-la-Rep%C3%BAblica-de-Panam%C3%A1.pdf>

⁴³ Anexo 2.

políticas públicas que permitan a las familias desarrollarse y cumplir con su labor fundamental de ser las primeras cuidadoras de las sociedades.

3. Necesidad de fortalecer los derechos de los cuidadores⁴⁴

La labor que realizan los cuidadores es una parte fundamental para el acompañamiento que se da en actividades básicas de las personas que se encuentran en un estado de vulnerabilidad. Los cuidadores pueden dividirse como aquellos que realizan la labor de forma profesional por sus carreras o los que lo ejercen como cuidador familiar (incluye familiares o amigos). Sin embargo, aunque no exista un derecho al cuidado este papel en la sociedad sí debe ser apoyado, reconocido y protegido.

Por tanto, el presente apartado desarrollará con insumos otorgados desde las Facultades de Fisioterapia y Enfermería de la Universidad de La Sabana, dos puntos relevantes: (i) el contexto actual de los cuidadores y (ii) los derechos de los cuidadores que deben ser fortalecidos. Como ocurre en el caso de Isabel y su familia, la madre de esa familia como mujer rural, cabeza de familia y cuidadora ha tenido que enfrentar múltiples barreras en la garantía de sus derechos y los de sus hijas. A Laura no se le ha negado nunca su condición de cuidadora, lo que le ha sido negado ha sido la garantía de sus derechos fundamentales, reconocidos nacional e internacionalmente. Laura, como otras cientos de mujeres, no han encontrado protegidos sus derechos, es por esto que en esta sección le solicitamos a la H. Corte que reconozca esta realidad, y promueva la garantía de los derechos de los que son titulares los cuidadores.

3.1. Consideraciones contextuales de los cuidadores

El cuidado es una responsabilidad social compartida entre Estado, familias y otras organizaciones sociales⁴⁵. Todas las personas son responsables de proveer cuidado, sin embargo, tradicionalmente se ha delegado en un grupo poblacional aquellos que se dedican profesionalmente al cuidado y quienes lo desempeñan desde una perspectiva de cuidado familiar⁴⁶.

Dentro del primer grupo se reconocen profesionales de la salud, en especialidades como la enfermería y la fisioterapia, mientras que en el segundo grupo se consideran los familiares y amigos que desempeñan labores de cuidado. A pesar de la distinción son grupos poblacionales que se interrelacionan en la medida en que los cuidadores informales acompañan al paciente a intervenciones y tratamientos, razón por la cual están en constante contacto con los profesionales del cuidado. En ese sentido, se hará referencia a las condiciones sociodemográficas y el contexto de cada grupo, haciendo énfasis en las necesidades puntuales de formación y autocuidado.

⁴⁴ Toda esta sección fue construida con fundamento en los anexos 1 y 2 remitidos por la Facultad de Enfermería y Rehabilitación.

⁴⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos(1948), artículo 16. También artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴⁶Organización Internacional del Trabajo. Envejecimiento de la población ¿Quién se encarga del cuidado? Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_184715.pdf

De acuerdo con los hallazgos recopilados en los informes de la Facultad de Enfermería y Rehabilitación de la Universidad de La Sabana, el cuidado es un componente esencial de la profesión, dado que a través de este se busca incidir positivamente en la salud, recuperación y la vida digna de las personas. Lo mismo ocurre con los profesionales de fisioterapia, quienes aportan al cuidado de las personas en la medida en que permiten mejorar la movilidad corporal, promueven la independencia y recuperación integral de los pacientes y, a su vez, generan estrategias de autocuidado para los pacientes y sus cuidadores.

Un acercamiento a la demografía poblacional de los cuidadores formales, entiéndase profesionales, técnicos y auxiliares del cuidado, al menos en América latina, predominan las mujeres sobre los hombres en esta actividad. A pesar de que en los últimos años hay una tendencia de incorporación al sistema de cuidados⁴⁷.

Por otra parte, los profesionales del cuidado, a raíz de la pandemia del COVID 19, evidenciaron la necesidad de contar con programas de protección de la salud mental, más aún cuando, se considera un componente esencial y permanente de la gestión de los servicios de salud. Dado que desempeñan sus labores en un contexto hospitalario, bajo mucho estrés, con altas cargas horarias, enfrentando una alta demanda y saturación de los servicios de salud, así como, angustia moral derivada de sus tareas. Al respecto, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha establecido que:

“los trabajadores de salud presentan factores de riesgo importantes para la alteración de la salud mental. (...) se evidencia en diferentes estudios un incremento en el consumo de alcohol y otras sustancias, junto con tasas de prevalencia que duplican o triplican a la población general en depresión, ansiedad, síndrome de desgaste profesional y suicidio”⁴⁸.

Los profesionales del cuidado son principalmente mujeres que se exponen a jornadas laborales muy largas, y deben asumir además del cuidado la carga moral y mental del paciente y la propia, por ello se hace imperativo tomar las medidas que permitan garantizar el derecho al cuidado desde la perspectiva del autocuidado y en consecuencia, de recibir cuidados de forma integral y digna, tal como se analizará en profundidad en el siguiente apartado.

Ahora, en cuanto a los cuidadores informales, el porcentaje de mujeres a cargo del cuidado es mucho mayor. Especialmente en contextos donde las condiciones socioeconómicas limitan la capacidad de las familias de delegar el cuidado en terceros, bien porque no cuentan con los recursos

⁴⁷Esta afirmación deriva de los hallazgos en Colombia, México y Argentina con base al boletín del Ministerio de Salud de cada país. Para Colombia las cifras reportadas a 2022 tomadas de: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/En-Colombia-mas-del-80-del-talento-humano-en-salud-son-mujeres-.aspx>. Para México se tomaron en cuenta las cifras del COMUNICADO DE PRENSA NÚM. 254/2210 DE MAYO DE 2022, Estadísticas a propósito del día internacional de la enfermería, tomado de: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_ENFERMERA22.pdf y para Argentina se tomó el informe “Estado de situación de la formación y el ejercicio profesional de Enfermería en Argentina”, Dirección de talento humano, Ministerio de salud de Argentina, 2021, consultado en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/20210-04-28-situacion-enfermeria-abril_2021.pdf

⁴⁸ Organización Panamericana de la Salud, 2021 xvii

económicos para ello o porque culturalmente se espera que sean las mujeres quienes dediquen su tiempo y recursos en la atención de la familia. Lo cierto es que, muchos estudios, apuntan a que el cuidado repercute en la salud física, psicológica, en la vida cotidiana y en el desarrollo laboral del cuidador principal.

De acuerdo con la OIT muchas mujeres no pueden desarrollar una labor sin ser discriminadas, mucho menos sin que entren en conflicto sus responsabilidades familiares y laborales⁴⁹. De hecho:

“[L]os datos disponibles muestran que **en todas partes las mujeres** siguen **dedicando muchas más horas que los hombres a labores no remuneradas de prestación de cuidados**, y menos tiempo al trabajo remunerado”⁵⁰ (negrilla fuera de texto)

Algunos informes indican que en promedio se dedican entre 5 y 12 horas al día en el cuidado de pacientes dependientes. Todo esto afecta sus posibilidades de acceder a la educación, desarrollo profesional, e inclusive al propio cuidado de su salud. Así mismo, las estadísticas demuestran que los cambios en la composición de las familias, siendo cada vez más monoparentales, profundizan los efectos perversos de la delegación del cuidado en las mujeres.

Tal como lo afirman en el informe las Facultades de Enfermería y Fisioterapia, en la mayoría de los casos los cuidadores deben responder por las necesidades del resto de personas que conforman el grupo familiar y, en algunos casos, también son la cabeza económica del hogar. En ese sentido, los espacios de autocuidado que pueden tener suelen ser muy reducidos o inexistentes.

Este es un aspecto que cobra especial relevancia dado que los cuidadores se enfocan tanto en la persona que recibe el cuidado o atención médica que descuidan su propio estado de salud física, puesto que postergan sus visitas y chequeos médicos. Con mayor razón, dejan de lado el cuidado de salud mental, el cual se ve seriamente afectado en mayor medida en aquellos cuidadores de pacientes con enfermedades neurodegenerativas y en aquellas terminales como el cáncer, los cuales refieren depresión, cansancio constante y alteraciones del sueño. Igualmente, muchos de ellos asocian el cuidado con una mayor ingesta o uso de medicación para el dolor o fármacos para la depresión y ansiedad.⁵¹

Algunos autores afirman que hay un “síndrome del cuidador” el cual conlleva alteraciones que se exteriorizan en físicas y psicológicas, como las ya mencionadas, alteraciones sociales como consecuencia de mayor aislamiento, problemas en el trabajo por ausencias reiteradas, bajo desempeño que incluso pueden derivar en despidos. Aunado a esto, el cuidado de familiares dependientes, como adultos mayores o niños, puede provocar desbalances familiares que provocan discusiones frecuentes por las cargas de tiempo, en la salud así como las económicas, porque cuidar al enfermo conlleva mayores gastos en transporte, medicamentos, tratamientos, entre otros.

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo (2011), Conciliación del trabajo y la vida familiar, 312.^a reunión, Ginebra.

⁵⁰ Ibid, p. 3

⁵¹ Úbeda B, I. (2009), Calidad de vida de los cuidadores familiares: evaluación mediante cuestionario, Tesis Doctoral, Escuela de enfermería de la Universidad de Barcelona, p. 39 a 42

Por otro lado, en la misma medida que se afectan sus posibilidades de desarrollarse en el mercado laboral, se impacta su posibilidad de recibir formación propia del cuidado, y terminan por aprender de lo que pueden observar e interiorizar durante las terapias y tratamientos que acompañan. La literatura propia de la materia deja en evidencia este hecho, en tanto, las transiciones hospital - hogar suelen ser complejas por la falta de preparación adecuada para asumir la responsabilidad de cuidado tanto de las personas enfermas como de su familia.

En todo caso, desde la experiencia, la adherencia a los tratamientos depende además de los conocimientos propios del cuidado de otros factores como son (i) la adaptación del paciente y cuidador, (ii) la capacidad de transferir las instrucciones de tratamientos y cuidados requeridos, (iii) la capacidad de anticiparse para prevenir y manejar riesgos de forma adecuado así como (iv) los aspectos culturales, el nivel educativo, los ingresos y la ubicación geográfica y, (v) la facilidad de acceso a los servicios de salud, educación y recreación.

Sumado a esto, los cuidadores enfrentan otros retos en relación con el ejercicio de sus libertades individuales, como la objeción de conciencia y la libertad religiosa. Según un estudio publicado en la revista *Journal of Medical Ethics* en 2007⁵², muchos cuidadores se sienten obligados a suministrar tratamientos que contrarían sus creencias personales, y esto les genera tensiones éticas y emocionales. En algunos casos, los cuidadores pueden optar por ejercer su derecho a la objeción de conciencia, que les permite negarse a participar en ciertos tratamientos o procedimientos médicos que van en contra de sus creencias personales; sin embargo, sienten mucha presión institucional de su empleadores, superiores, o del mismo paciente, a quien, según la encuesta, consideran necesario explicar y fundamentar su negación, por cuanto se puede tomar como una falta de compromiso con el cuidado del paciente.

Este es a grandes rasgos el contexto de los cuidadores informales, sin duda, se requiere un enfoque de género que permita disminuir las desigualdades y la excesiva carga que llevan las mujeres en la provisión del cuidado. Se requiere a su vez una visión integral que considere al cuidador, profesional e informal, como proveedor de cuidado, pero también como sujeto del derecho al autocuidado, y que a su vez, tenga en cuenta a su familia y el contexto socioeconómico en el que se desenvuelve.

3.2. Derechos de los cuidadores que se deben fortalecer

La tarea de cuidar una persona que se encuentra en una situación especial genera grandes beneficios para quien necesita estas atenciones⁵³. No obstante, los requerimientos del cuidado comportan esfuerzos físicos, mentales y de dedicación del tiempo por parte del cuidador, es por tanto, que a

⁵² Curlin, F. A., Lawrence, R. E., Chin, M. H., Lantos, J. D. (2007). "Religion, conscience, and controversial clinical practices." *New England Journal of Medicine*, 356(6), 593-600. Disponible en <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMsa065316>

⁵³United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. United Nations Principles for Older Persons. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-principles-older-persons>. United Nations framework. Guidelines for the alternative care of children. Disponible en: <https://www.sos-childrensvillages.org/getmedia/4972cb2e-62e1-4ae8-a0bc-b0e27fe3ea97/101203-UN-Guidelines-en-WEB.pdf>

estos actores se les debe reconocer el valor de su trabajo y sobre todo garantizar sus derechos humanos⁵⁴.

En este acápite se establecerán los derechos que los cuidadores ya tienen por el hecho de ser personas⁵⁵, pero que han sido olvidados en realidad social: (i) en primer medida- salud y seguridad social; (ii) en segunda medida- trabajo y, por último; (iii) libertad de conciencia. Finalmente, se propondrá que las estrategias para garantizar los derechos de los cuidadores deben tener una perspectiva de género.

En primer lugar, los cuidadores, ya sean familiares o profesionales, a menudo enfrentan una carga física significativa debido a las demandas constantes de su trabajo. Así pues, factores como la movilidad de personas en estado de discapacidad o de la tercera edad, pueden no solo conllevar lesiones, sino también dolores crónicos en su espalda y articulaciones⁵⁶. Igualmente, la falta de descanso adecuado y de tiempo para su autocuidado, implica un agotamiento físico, aumentando la susceptibilidad a enfermedades o condiciones patológicas como lo son la obesidad y la fatiga crónica.

Ahora bien, a esto tenemos que sumarle que los cuidadores son personas que se encuentran en ambientes con factores de riesgo emocional intenso por su exposición al sufrimiento y a la muerte de las personas a las que prestan su asistencia. Estos entornos generan grandes implicaciones a la salud mental de los cuidadores, por lo que se hace relevante reconocer un adecuado y oportuno manejo para el tratamiento de las propias emociones, todo lo anterior con el objetivo de prevenir, detectar y tratar alteraciones en la salud que se puedan presentar.

En la actualidad, se ha hecho un llamado a que los cuidadores puedan tratar estos síntomas de salud mental, desde educación en el tema para reducir la estigmatización, hasta abrir espacios individuales para que ellos puedan acceder a profesionales de la salud. Es importante que tengan descansos adecuados, dietas saludables, redes de apoyo con familiares y amigos, realización de actividad física y técnicas de apoyo y relajación.

Finalmente, resulta relevante recordar que existe una percepción tradicional del cuidado como una responsabilidad familiar no remunerada, lo cual conlleva a una falta de reconocimiento económico en materia de aportes a la seguridad social. Siendo así, la falta de un apoyo oficial implica que estas personas no tienen acceso a servicios de salud preventivos, a cotización de una pensión o a riesgos que puedan surgir en el marco de su labor.

⁵⁴ United Nations. Department of Economic and Social Affairs. Caregiving in an ageing world. Disponible en: <https://social.desa.un.org/issues/ageing/news/caregiving-in-an-ageing-world>. Organización Internacional del Trabajo. La economía de los cuidados. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/lang--es/index.htm>

⁵⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos(1948). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵⁶ Organización Mundial de la Salud. Salud ocupacional: los trabajadores de la salud. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/occupational-health--health-workers>

En segundo lugar, tenemos el derecho al trabajo de los cuidadores, en este aspecto se hace necesario dividirlo para aquellos que lo hacen de forma profesional y los que lo hacen en entornos familiares. Frente a los primeros, se deben generar estrategias organizacionales que promuevan las necesidades básicas como tiempos de la jornada, condiciones del lugar de trabajo, servicios y remuneración adecuada.

Con respecto a los que lo hacen en ambiente de familia o de amistad, su trabajo muchas veces no es remunerado. Por lo que deben realizar otras actividades que les permitan tener un sustento para ellos y para los que dependen de su trabajo. Es por tanto, que se deben dar estrategias creativas que puedan solventar esa generación de ingresos.

Un ejemplo es la nueva ley para cuidadores de personas en situación de discapacidad en Colombia que establecen medidas como⁵⁷: (i) flexibilidad en el horario laboral cuando tienen otro trabajo, (ii) emprendimiento para cuidadores o asistentes personales no remunerados, (iii) programa nacional de orientación y formación para cuidadores, (iv) acceso a programas sociales del Estado, garantías de prestación de servicio en los programas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y el tratamiento oportuno, y (v) educación y formación en materia vocacional de cuidadores o asistentes personales.

En tercer lugar, como lo sostuvimos previamente, es necesario considerar la libertad de conciencia y religiosa. En efecto, una de las garantías de este derecho -a saber, la objeción de conciencia, que es una expresión legítima de la libertad y autonomía- adquiere particular relevancia en el ámbito de la salud, donde los avances técnicos y científicos han planteado dilemas éticos para los profesionales de la salud, en relación con el cumplimiento de las leyes vigentes y la atención a pacientes y sus familias.

Sin perjuicio de lo anterior, cada vez más, la objeción de conciencia -en el campo de la salud- se ha visto sujeta a diferentes restricciones en su ejercicio. En efecto, diferentes Estados⁵⁸ y organismos de derecho internacional⁵⁹ han determinado exigencias y limitaciones para su efectividad y cumplimiento, que han resultado -en la práctica- en que sea imposible o muy difícil de ejercer. De hecho, tanto es así, que algunos organismos internacionales han llegado a sostener que este derecho es una obstrucción para el ejercicio de otros derechos⁶⁰, creando una connotación negativa en el marco del ejercicio de la objeción de conciencia y contradiciendo los principios del derecho internacional de los derechos humanos que establecen que, por su naturaleza, los derechos -al derivarse de la dignidad humana- deben ser promovidos y celebrados. Por ejemplo, en Colombia, las enfermeras no pueden ejercer su derecho a la objeción de conciencia cuando se

⁵⁷ Congreso de la República de Colombia. Ley 2297 del 2023 establece beneficios para cuidadores de personas en situación de discapacidad.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia. T-209. 2008.

⁵⁹ Asamblea General de Naciones Unidas. Freedom of religion or belief, and freedom from violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity. Párr. 48 y 49; WHO. Abortion Care Guidelines (2022). Chapter 3. Recommendations and best practice statements across the continuum of abortion care. Law & policy Recommendation 22: Conscientious objection (3.3.9).

⁶⁰ Ibid.

enfrentan a un caso de terminación de embarazo⁶¹. Es importante poner de presente que esto puede generar una carga adicional en su salud mental, por cuanto ser obligado a ser parte de un procedimiento del cual se encuentra fundamentalmente en contra, por razones filosóficas, morales, científicas y religiosas, puede generar daños profundos a la psicología de la persona humana.

Todos estos derechos, a la salud, trabajo y libertad de conciencia, ya se encuentran reconocidos en la Convención y en el Protocolo de San Salvador. Estos derechos son universales, inderogables e interdependientes. En este sentido, todos los Estados firmantes de la CADH y el Protocolo tienen las obligaciones de respetar y garantizar estos derechos, de conformidad con el principio de progresividad, para todas las personas sometidas a su jurisdicción, incluidos los cuidadores. Como puede observar la H. Corte estos son derechos reconocidos, y con un contenido y alcance determinado, por lo que no hay razón para que en este momento no se estén materializando en la práctica. Es por esto que, la presente solicitud de opinión consultiva se constituye en una oportunidad fundamental para profundizar en la garantía de los derechos al trabajo, la salud y la libertad de conciencia en relación con las actividades del cuidado. Estos derechos existen para todos los seres humanos, pero se materializan de formas distintas en los diversos grupos poblacionales, esta es la oportunidad para que la H. Corte determine como se materializan en el grupo poblacional de los cuidadores.

4. La cuestión sobre la existencia del derecho al cuidado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una visión crítica de la creación o reconocimiento de derechos a través de Opiniones Consultivas

Como se ha venido señalando, el cuidado es un medio fundamental para la garantía de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo, de la información recopilada, no pareciera existir bases suficientes para considerar que este derecho existe autónomamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como se pasará a mostrar. Así, pondremos de presente ante este H. Tribunal, que no es función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la emisión de Opiniones Consultivas, crear nuevos derechos que no estén reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, u otros de los instrumentos que le dan competencia. De hecho, existen mecanismos convencionales para reconocer nuevos derechos, llamados a ser protegidos por el Sistema Interamericano, y estos mecanismos no prevén el reconocimiento de derechos por medio de Opiniones Consultivas. Este asunto, aunque parece una formalidad, tiene importantes impactos en la legitimidad de los órganos internacionales, y en la apertura de los Estados para cumplir con las determinaciones de estos.

Así, como se ha venido mencionando en la presente intervención, alrededor de los contextos de cuidado coexisten múltiples derechos y diversos actores que requieren protección: las personas dependientes que requieren de cuidado, los cuidadores formales, y los cuidadores familiares. Estos contextos de cuidado por su puesto que requieren de un pronunciamiento de la H. Corte, y nuestra postura es que este pronunciamiento debe ir encaminado a concretar los derechos ya existentes en

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. T-209. 2008.

estos contextos particulares y no a ampliar el catálogo de derechos ya existentes. Lo anterior por tres razones fundamentales:

- A) Es inconveniente que para proteger los derechos de un grupo poblacional vulnerable se requiera en cada ocasión la creación de un nuevo derecho fundamental. Así, si para proteger los derechos de los cuidadores y de las personas que requieren cuidado se requiere la creación del “derecho al cuidado”, se envía el mensaje de que hasta antes del reconocimiento de este derecho los Estados no tenían los deberes de respeto y garantía en relación con los derechos de este grupo poblacional.

Como se evidenció en acápites anteriores, los cuidadores han enfrentado múltiples barreras para la concreción de sus derechos fundamentales, y en esta intervención hacemos un llamado a que estos derechos sean efectivamente protegidos, porque aun sin la existencia de un “derecho al cuidado” estos derechos ya generaban obligaciones concretas para los Estados. Así como ha realizado la H. Corte y la CIDH en relación con grupos poblacionales como los defensores de derechos humanos⁶², los pueblos indígenas⁶³ o los campesinos⁶⁴, se pueden desarrollar lineamientos para la garantía de los derechos convencionales tomando en consideración las especiales situaciones fácticas de los cuidadores y las personas que requieren cuidado sin crear un derecho al cuidado, como no se creó un derecho a la defensa de derechos, a la pertenencia a un pueblo indígena o al ejercicio de las actividades campesinas.

- B) Es innecesario y hay medidas menos problemáticas respecto del mandato y las funciones de la H. Corte que permiten proteger los derechos de los cuidadores y las personas que requieren de cuidado. Como se expondrá a continuación, resulta altamente problemático y exigente desde el punto de vista argumentativo la creación o reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos. Por el contrario, como se evidenció en las secciones 2 y 3 de la presente intervención, existen oportunidades importantes para la H. Corte de desarrollar derechos poco desarrollados, como el derecho a la familia como el escenario natural del cuidado; o aplicar con perspectiva diferenciada derechos como el trabajo, la salud y la libertad de conciencia a un grupo poblacional fundamental para el desarrollo de las sociedades: los cuidadores.
- C) Resulta problemático desde el punto de vista competencial que la H. Corte cree o reconozca el “derecho al cuidado” en una Opinión Consultiva porque: (i) esto contraría el procedimiento convencional para reconocer nuevos derechos, (ii) este presunto derecho

⁶² Corte IDH. Caso Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361; Corte IDH. Asunto de diecisiete personas privadas de libertad respecto de Nicaragua. Medidas Provisionales. Adopción de Medidas Urgentes. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2019; CIDH. INFORME No. 313/20 PETICIÓN 420-11. Ver también: Relatoría de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos.

⁶³ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

⁶⁴ CIDH. Caso 13.514

no se deriva de fuentes vinculantes del derecho internacional, sino solo de fuentes de *soft law*, (iii) la H. Corte puede hacer uso de la interpretación evolutiva para dar alcance a derechos existentes, pero no para crear nuevos derechos sin una base convencional clara. Cada uno de estos elementos será desarrollado a continuación.

4.1. **La creación o reconocimiento de derechos no incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de la Corte IDH a través de Opiniones Consultivas**

Este acápite tiene por objeto poner de presente que, de conformidad con la CADH, la creación o reconocimiento de nuevos derechos en el SIDH tiene unas vías procedimentales concretas que no han sido ejercidas en el presente caso, por lo que resulta problemático que la H. Corte reconozca o cree un “derecho al cuidado”. En este sentido, si bien es cierto existe la posibilidad de proteger derechos innominados y de consagrar nuevos derechos en el SIDH, los criterios para hacerlo son exigentes, y deben ser demostrados a cabalidad.

La Convención Americana es clara en cuanto a la posibilidad del reconocimiento de nuevos derechos distintos a los que ya están contemplados en su texto. En efecto, los artículos 31, 76 y 77 de la Convención, establecen cuáles son las pautas para reconocer nuevos derechos y quiénes, en el Sistema Interamericano, tienen la facultad para reconocer estos derechos. Lo anterior es importante, por cuanto la Convención no niega la existencia de derechos distintos a los contemplados en su texto, sino que establece reglas para su reconocimiento y protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por cuanto este reconocimiento implica, necesariamente, obligaciones correlativas para los Estados.

En cuanto a las normas contempladas en la CADH, se pone de presente que el artículo 31 sostiene que “[p]odrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos **de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77**”⁶⁵ (negrilla fuera del texto original). Los artículos 76 y 77 de la Convención, establecen que **cualquier Estado Parte, la Comisión o la Corte a través del Secretario General, tienen la posibilidad de someter a la Asamblea General una propuesta de enmienda a la Convención**⁶⁶. Además, establece que cualquier Estado y la Comisión, pueden llevar a la consideración de los Estados reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales, “con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”⁶⁷.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación sistemática de estos artículos, recordamos que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece, en su artículo 31, que “[u]n tratado deberá interpretarse **de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado** en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁶⁸ (negrilla fuera del texto original). Al interpretar estos artículos, la Corte Internacional de Justicia ha añadido

⁶⁵ CADH. Art. 31.

⁶⁶ CADH. Art. 76

⁶⁷ CADH. Art. 77

⁶⁸ VCLT. Art. 31

que, para que un tratado se interprete de buena fe, haciendo caso al sentido corriente de sus términos, se debe prestar especial atención al principio de efectividad⁶⁹. Este principio exige que un tratado se interprete de manera que le otorgue un efecto significativo en su totalidad, así como a las disposiciones individuales que lo componen. Los enfoques de los tribunales internacionales revelan que el principio de *effet utile* implica que las cláusulas de un tratado deben interpretarse de manera que se evite tanto hacerlas superfluas como privarlas de importancia en la relación entre las partes⁷⁰.

Estas reglas de interpretación son importantes, dado que permiten a los tribunales dotar de contenido y aplicar correctamente las disposiciones convencionales. Ahora bien, los artículos 31, 76 y 77 de la Convención son claros en que, si bien es posible reconocer otros derechos diferentes a los establecidos en la Convención, este reconocimiento solo se puede hacer a través de un proceso de enmienda o por la ratificación de un protocolo adicional. Ciertamente, el texto del instrumento no deja dudas a interpretación en ese sentido, tanto así que, en el momento de negociación y elaboración del texto de la CADH (los trabajos preparatorios), todos los Estados estuvieron de acuerdo en incluir ese procedimiento para reconocer nuevos derechos y, de hecho, el Estado de República Dominicana resaltó la importancia del respeto de este texto, por cuanto, en sus palabras, “[l]as obligaciones de los Estados Partes deben estipularse con claridad y sin tratar vagamente de incorporar otras obligaciones por alusión”⁷¹.

Así mismo, la propia Comisión Interamericana estuvo de acuerdo con estas vías para el reconocimiento de nuevos derechos y sostuvo lo siguiente:

“El Artículo 78, correspondiente al Artículo 70 del Proyecto, **determina un sistema para incluir en el régimen de protección otros derechos y libertades, por medio de Protocolos Adicionales a la Convención.** La Comisión aclaró en el texto del Artículo 78, que cualquier Estado Parte y la Comisión podían someter los proyectos de protocolos adicionales en la Asamblea General.”⁷² (Negrilla fuera del texto original).

En la misma línea, el Estado de Chile manifestó una preocupación respecto del sistema de enmiendas y sostuvo que “la redacción que se da a esta disposición, en contraposición a la del artículo 70, sobre vigencia de nuevos Protocolos, permite interpretarse en el sentido de que la vigencia de las enmiendas será automática para todos los Estados Partes, por la decisión de la mayoría de ellos; **lo que es manifiestamente inaceptable en relación con una materia que**

⁶⁹ Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russia), Preliminary Objections, 2011 ICJ Rep. 70, para 134; Sorel and Eveno (n 4) 830–32.

⁷⁰ Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russia), Preliminary Objections, 2011 ICJ Rep. 70, para 134; Sorel and Eveno (n 4) 830–32.

⁷¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Trabajos Preparatorios. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>. Página 73.

⁷² Ibid. Página 308.

toca tan de cerca a los asuntos que son normalmente de jurisdicción exclusiva de los Estados⁷³ (negritas fuera del texto original).

Lo anterior pone de presente un hecho relevante y que hace parte del ejercicio hermenéutico que debe adelantar este H. Tribunal al interpretar las normas mencionadas (al ser un trabajo preparatorio y, en ese sentido, un medio suplementario de interpretación⁷⁴), esto es: que los Estados accedieron a obligarse al texto que está en la CADH y a los derechos reconocidos en la CADH, sin dejar abierta la posibilidad a nuevas obligaciones que no se deriven estrictamente y directamente del texto de la CADH. Tanto así que, para incluir nuevos derechos y, por lo tanto, nuevas obligaciones, crearon un mecanismo para el reconocimiento de nuevos derechos, diferentes a los que están incluidos en el texto de la Convención.

En resumen, es fundamental recordar que reconocer derechos sin atender a los procedimientos establecidos para ello sería una interpretación contraria a la Convención. El respeto a los métodos y pasos específicos previstos en el tratado es esencial para mantener la coherencia y la integridad del sistema de protección de derechos humanos establecido en la Convención. En efecto, los Estados se comprometieron con el texto de la Convención y los derechos que en esta se reconocen, **sin dejar margen para nuevas obligaciones que no se deriven directamente del texto de la Convención**. Reconocer nuevos derechos a través de una interpretación que no siga los procedimientos establecidos en la propia Convención socavaría la voluntad inicial de los Estados que ratificaron el tratado. Así, la creación o reconocimiento del presunto derecho al cuidado, en tanto no tiene una base convencional clara, implicaría una contravención a los artículos 31, 76 y 77.

4.2. El presunto derecho al cuidado no se deriva de fuentes vinculantes del derecho internacional, sino solo de fuentes de *soft law*

En la actualidad, existen diversos instrumentos internacionales que consagran el derecho al acceso a sistemas de cuidados o establecen mecanismos de protección relacionados con el cuidado. No obstante, estas convenciones lo hacen en el contexto de la protección de derechos tales como la salud, la alimentación y la nutrición, o la seguridad social. En efecto, ninguna de estas disposiciones establece de manera independiente el derecho al cuidado ni precisa sus límites y titulares. Esto de ninguna manera implica que el cuidado como medio para garantizar derechos existentes en el DIDH no deba ser promovido y protegido por la H. Corte.

Los siguientes son los instrumentos vinculantes que incluyen menciones a sistemas de cuidados en el derecho internacional:

- La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del 2015, que, en su artículo 12, establece lo siguiente: “[l]a persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional,

⁷³ Ibid. Página 44.

⁷⁴ VCLT. Artículo 32.

agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía (...).” En esta convención se hace referencia a un sistema de cuidados que garantice otros derechos, pero no a un derecho al cuidado de forma autónoma.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece, en el artículo 18, el deber y el derecho primario de los padres a proveer el cuidado a los niños y, la obligación para los Estados, de asegurar en general la protección que sea necesaria para su bienestar⁷⁵. Es importante mencionar que el término “cuidado” se menciona en 7 artículos diferentes y todos con contextos diferentes -sin que la convención cuente con una definición de lo que implica el cuidado en ninguno de esos contextos-⁷⁶. En cada uno de los artículos incluidos en la CDN, como podrá observar la H. Corte, el cuidado se refiere a un mecanismo para garantizar los derechos de los niños y las niñas, y no como un derecho autónomo.
- La OIT reconoce la necesidad del cuidado en diversos convenios de forma indirecta. En los convenios de las licencias parentales y de maternidad pagada,⁷⁷ se podría argumentar que consagra esta figura al reconocer la necesidad de cuidado al recién nacido. En los de atención a los adultos de edad avanzada, se podría argumentar que consagra las figuras al reconocer la necesidad de cuidado al adulto mayor.⁷⁸ Estos sin embargo son reconocimientos de la necesidad del cuidado, para la garantía de derechos convencionalmente establecidos.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 28, garantiza un nivel de vida adecuado y la protección social a las personas con discapacidad. Además, impone la obligación de garantizar el acceso a servicios de capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados a las personas con discapacidad y sus familias que se encuentren en situación de pobreza⁷⁹. Sin embargo, es importante destacar que a lo largo del artículo - y del tratado en su totalidad- no se establece explícitamente a qué se refiere por “servicios de cuidados”, ni se contempla como un derecho autónomo, ni se especifica cuáles son los componentes de protección que lo componen.

Así las cosas, y habiendo abordado todas las fuentes convencionales que ha referido la República Argentina en su solicitud de opinión consultiva, se puede establecer con contundencia que:

- A) La Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece un derecho al cuidado; tampoco lo establecen otras convenciones que le otorgan competencia a la H. Corte.
- B) Los instrumentos de derechos humanos que establecen el acceso a sistemas de cuidado, siempre lo hacen: (i) en relación con comunidades especialmente vulnerables (niños,

⁷⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 18.

⁷⁶ Ibid. Arts, 3, 7, 18, 20, 23, 38 y 40.

⁷⁷ Convenio núm. 183 y Recomendación núm. 191.

⁷⁸ Convenios núm. 128 y Recomendación núm 162.

⁷⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2007. Art. 28.

adultos mayores y personas con discapacidad), y (ii) en ninguno de los casos refieren concretamente cuáles son las medidas que se deben incluir en esos sistemas de cuidado.

- C) En general, parece que los instrumentos internacionales incluyen el cuidado como un medio para la garantía de los derechos de dichas poblaciones, y no como un derecho en sí mismo.

Por su parte, de una revisión de la información pública de los distintos Estados de la región también se puede concluir que no existe una costumbre internacional que establezca la existencia del presunto derecho al cuidado, ya que no se presentan los elementos requeridos por el derecho internacional, a saber⁸⁰: (i) el elemento material -o práctica estatal-, que comprende la existencia de prácticas y actos realizados por los Estados, de manera uniforme; (ii) y, el elemento psicológico -*opinio juris sive necessitatis*-, referido a la convicción acerca de la obligatoriedad jurídica de la práctica⁸¹.

A continuación, se presenta una tabla con los datos relevantes de siete países con referencias directas al cuidado. Es importante aclarar que según los datos disponibles en los demás países de la región no se encontró evidencia directa o indirecta de una regulación sobre el asunto:

Estado	Fundamento y referencias al derecho al cuidado	Instrumento que reconoce el “Derecho al Cuidado”
Ecuador	La Constitución del Ecuador fue la primera en incorporar en su texto estos conceptos. En concreto, las tesis sobre el cuidado se incorporan en los artículos 69, 325, 333, y 369 ⁸² . No se evidencia que se contemple el “derecho al cuidado”.	Constitución de la República de Ecuador. Art. 333 ⁸³ .
Venezuela	La Constitución contempla esta figura en el acápite de “Protección a las Familias, La Maternidad y La Paternidad”. En el Derecho Venezolano no se reconoce en forma expresa	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 88 ⁸⁵ .

⁸⁰ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38.

⁸¹ Díaz Inverso, R. La norma consuetudinaria internacional y el consentimiento de los Estados. 11 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n38/2301-0665-rfd-38-119.pdf>

⁸² R. María Paula. El concepto de cuidado en la Constitución del Ecuador de 2008. 13 de diciembre de 2018. Pág.22.

⁸³ https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

⁸⁵ https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

	el derecho al cuidado ⁸⁴ .	
Bolivia	La nueva CPE no incluyó el concepto del cuidado como un derecho que debe ser garantizado por el Estado. ⁸⁶ .	Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 338 ⁸⁷ .
República Dominicana	Se encuentra comprendido dentro del Art 55. que es el derecho a la Familia y se expresa específicamente que el Estado debe promover la maternidad y la paternidad responsables, no se reconoce como un derecho autónomo.	Constitución de la República Dominicana, art. 55, inc. 11. ⁸⁸
Uruguay	Se estableció el Sistema Nacional Integrado de Cuidados, que busca promover la autonomía y protección de las personas dependientes. No establece un derecho autónomo.	Ley 19.353.
Colombia	Se reconocen los derechos laborales de los cuidadores o asistentes personales de personas con discapacidad ⁸⁹ .	parágrafo 1, del artículo 6 de Ley 2297 de 2023 ⁹⁰ .
México	Se crea el Sistema Nacional de Cuidados, como un mecanismo para articular los esfuerzos en relación con el cuidado. No establece un derecho autónomo.	LXV/1PPO-62-2952/121550

⁸⁴ Salcedo. A.C. El Cuidado: ¿Derecho Reconocido en el Sistema Jurídico Venezolano?. Julio-Diciembre, 2014. Pág. 110. Disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/faces/revista/lainet/lainetv7n14/art06.pdf>

⁸⁶ Wanderley. F. El cuidado como derecho social: Situación y desafíos del bienestar social en Bolivia. 2011. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_179769.pdf

⁸⁷ https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf

⁸⁸ <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/REP%C3%9ABLICA-DOMINICANA-Constitucion.pdf>

⁸⁹ Congreso de la República de Colombia. Ley 2297 de 2023. 28 de junio de 2023. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=143777>

⁹⁰ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=143777>

De esta tabla, se desprende que el llamado “derecho al cuidado” no cumple con los elementos del derecho consuetudinario. Lo anterior, toda vez que no cuenta con un uso reiterativo, uniforme y sin interrupciones. Como se observa en el cuadro, los Estados de la región que han avanzado en la protección de cuidadores y personas que requieren cuidado, no mencionan de manera explícita este “derecho” y menos como un derecho autónomo, sino que lo establecen como futuras propuestas de políticas públicas en materia de protección de la familia y/o las personas con discapacidad. Así, se puede concluir que los Estados no consideran que el cuidado es un derecho humano autónomo, con obligaciones especiales y específicas para los Estados.

Finalmente, es importante establecer que existen en el derecho internacional normas de *soft law* que han señalado la existencia de un derecho al cuidado. Así, la construcción del denominado derecho al cuidado tiene sus inicios en la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, que tuvo lugar hace poco más de 45 años. Como se planteó previamente, el cuidado se ha desarrollado por su conexidad con otros derechos y su relación con determinados grupos poblacionales y se basa en los principios de “progresividad y no regresividad y, corresponsabilidad social y de género.”⁹¹ Adicionalmente otros instrumentos de *soft law* han avanzado en el mencionado derecho, dentro de estos se encuentra la Conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe (2013), en la cual se reconoce el cuidado como:

“un **derecho de las personas** y, por lo tanto, como una **responsabilidad que debe ser compartida por hombres y mujeres** de todos los sectores de la sociedad, las familias, las empresas privadas y el Estado, adoptando medidas, políticas y programas de cuidado y de promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la vida familiar, laboral y social que liberen tiempo para que las mujeres puedan incorporarse al empleo, al estudio y a la política y disfrutar plenamente de su autonomía”⁹². (Negrilla fuera de texto)

En posteriores conferencias, específicamente la realizada en 2022, se reafirmó el alcance e interdependencia de este “derecho” y, se manifestó la necesidad de implementar políticas públicas para hacer más efectivo el goce de este derecho, así:

“Reconocer el **cuidado** como un **derecho** de las **personas a cuidar, a ser cuidadas y a ejercer el autocuidado** sobre la base de los principios de igualdad, universalidad y corresponsabilidad social y de género y, por lo tanto, como una responsabilidad que debe ser compartida por las personas de todos los sectores de la sociedad, las familias, las comunidades, las empresas y el Estado, adoptando marcos normativos, políticas, programas y sistemas integrales de cuidado con perspectiva de interseccionalidad e interculturalidad, que **respeten, protejan y cumplan los derechos de quienes reciben y proveen cuidados** de forma remunerada y no remunerada, que prevengan todas las

⁹¹ A. Gúezmes García y M. N. Vaeza (coords.), (2023), “Avances en materia de normativa del cuidado en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad del cuidado con igualdad de género”, Documentos de proyectos (LC/TS.2022/175/Rev.1), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), p. 9

⁹² Organización de las Naciones Unidas (2013), Duodécima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Numeral 57 del Consenso de Santo Domingo .

formas de acoso sexual y laboral en el mundo del trabajo formal e informal y que liberen tiempo para que las mujeres puedan incorporarse al empleo y a la educación, participar en la vida pública, en la política y en la economía, y disfrutar plenamente de su autonomía”.⁹³
(Negrilla fuera de texto)

Dado que el cuidado es realizado principalmente por mujeres, el enfoque de género se ha hecho indispensable para abordar la problemática en torno al reconocimiento del cuidado como derecho⁹⁴. De ahí que, la Observación General núm. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, del Comité CEDAW⁹⁵, hizo énfasis en la necesidad de reconocer, para las mujeres que se dedican exclusivamente al cuidado de adultos mayores y niños, el acceso a prestaciones sociales y económicas⁹⁶. Vale la pena señalar que este instrumento no establece el cuidado como un derecho.

En esta misma línea, otros instrumentos del derecho internacional, como la Declaración de San José sobre el Empoderamiento Económico y Político de las Mujeres de las Américas, de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Observación General número 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad -del Comité DPD-, reconocen la función que desempeñan las mujeres como principales proveedoras del cuidado y hacen un llamado a los Estados para implementar las medidas necesarias que les garanticen su protección social y la no discriminación⁹⁷.

Es importante recordar que las normas de *soft law*, aunque importantes insumos del derecho internacional no generan obligaciones para los Estados en tanto su carácter no vinculante. Así, las disposiciones antes reseñadas, algunas de las cuales en todo caso no reconocen un derecho autónomo, pueden ser tomadas como criterios interpretativos y como lineamientos para el diseño de políticas públicas, pero de ninguna manera como fuentes de obligaciones internacionales para los Estados.

En conclusión, sería contrario al *corpus iuris* internacional establecer que el derecho internacional de los derechos humanos incluye un derecho autónomo al cuidado, y que este se predica de todos los integrantes de la familia humana. Una conclusión de esta naturaleza no solo sería evidentemente infundada sino riesgosa. Así, no habiendo fuente convencional que sustente el presunto derecho, en particular fuente que le otorgue competencia a la Corte IDH, su establecimiento sería un ejercicio de creación del derecho, que extralimita las funciones de la H. Corte, y contraviene el texto de la Convención Americana sobre las formas de reconocimiento de nuevos derechos. En

⁹³ Sobre los Estados que han ratificado la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del 2015, recuperado de: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

⁹⁴ Organización de las Naciones Unidas (2010), Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁹⁵ Organización de las Naciones Unidas (2010), Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Declaración de San José sobre el Empoderamiento Económico y Político de las Mujeres de las Américas. Comité DPD. Observación General N. 3.

segundo lugar, si la H. Corte llegara a crear el mencionado derecho tendría que dotarlo de un contenido claro, lo que puede resultar en un ejercicio reduccionista que no tome en cuenta los cuidados particulares que requiera cada población vulnerable, con el fin de asegurar sus propios derechos. Así, los cuidados requeridos por un adulto mayor son diferentes a los requeridos por un niño, y los que requiere una persona con discapacidad, y entre esos grupos poblacionales también existen profundas diferencias que requerirán cuidados diferenciados. **Así, el cuidado se constituye como un medio esencial para la protección de derechos humanos, pero no es un derecho en sí mismo.**

4.3. La Corte IDH puede, a través de la interpretación evolutiva, dotar de contenido los derechos ya existentes sin que se requiera la creación de un “derecho al cuidado”

Para poder ahondar en el concepto de interpretación evolutiva en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario acudir al artículo 29 de la CADH, que establece lo siguiente:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”⁹⁸.

De conformidad con esta H. Corte, esta disposición funge como el fundamento para la aplicación de la interpretación evolutiva que, en sus términos, se trata de lo siguiente: “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”⁹⁹. Así, de acuerdo con la Corte IDH, a la luz del artículo 29 de la CADH, las disposiciones del texto convencional se pueden interpretar de conformidad con el contexto actual y el cambio del tiempo¹⁰⁰. De ahí que, en la práctica, la Corte ha utilizado esta herramienta hermenéutica para, por ejemplo, determinar que la libertad de circulación implica el derecho a no ser desplazado forzadamente.¹⁰¹

⁹⁸ CADH. Artículo 29.

⁹⁹ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 154 y 155.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 207. Corte IDH. Caso ChitayNech y otros vs. Guatemala, párr. 139. Cfr.. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 207. Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, párr. 139

Adicionalmente, es menester señalar que el Sistema Interamericano no es el único que contempla la posibilidad de la aplicación de la interpretación evolutiva. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha utilizado esta herramienta de interpretación en reiteradas oportunidades¹⁰². Lo anterior es importante, por cuanto reconocemos la alta importancia que tiene la interpretación evolutiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En términos del expresidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Rudolf Bernhardt: “si el propósito de un tratado es establecer relaciones más duraderas y sólidas entre las partes o garantizar libertades personales tanto a ciudadanos como a extranjeros, **resulta difícil concordar con dicho propósito eliminar nuevos desarrollos en el proceso de interpretación del tratado.**”¹⁰³ (negrilla fuera de texto original).

Así, la H. Corte puede hacer uso de esta herramienta hermenéutica, como lo ha hecho en otras ocasiones, para dotar de alcance los derechos existentes en la Convención, y adecuarlos a las realidades actuales de las sociedades. Una realidad que, aunque no es nueva, ha sido descubierta recientemente, es la desprotección en que se encuentran las relaciones de cuidado. En ese sentido, se requiere de una mirada novedosa de los derechos convencionales, como el derecho a la familia, la libertad de conciencia, la integridad personal, entre otros, para que respondan a las necesidades concretas de cuidadores y personas que requieren cuidado. Una aplicación en ese sentido de la H. Corte permitiría realmente que la CADH fuera un instrumento vivo, que materializara los derechos en la sociedad actual. Así, el estudio cuidadoso de la aplicación concreta de los derechos reconocidos en la CADH a los escenarios de cuidados constituiría un aporte fundamental para el estado de cientos, sino es que miles de familias como la de Isabel en la región.

Ahora bien, la interpretación evolutiva -como cualquier otra herramienta de interpretación-, tiene límites. Lo anterior ha sido señalado por el exjuez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sicilianos, que puso de presente que uno de los límites de la interpretación evolutiva es el mismo texto del tratado, cuando es claro y no deja abierta la posibilidad de interpretaciones distintas. Sicilianos sostuvo que la interpretación evolutiva no debe -nunca- llevar a un resultado contrario al texto del tratado¹⁰⁴. De acuerdo con el ex juez, esta interpretación refleja la presunta intención de las partes, pero es una presunción que puede ser debatida¹⁰⁵. Para confirmarla, es crucial que la interpretación propuesta se mantenga dentro de los límites de los términos utilizados en la Convención y no los contradiga directamente¹⁰⁶.

Se menciona esta limitación en tanto, como fue señalado en el acápite 4.1., la CADH excluye la posibilidad de creación de nuevos derechos por vía jurisprudencial, máxime como en este caso, que no se evidencia la base convencional clara para la creación o reconocimiento del “derecho al cuidado”. Así, la interpretación evolutiva puede ser utilizada en este caso para dar alcance a derechos existentes, como los ya mencionados, pero en posición de los autores de esta intervención, no

¹⁰² TEDH, Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom, Grand Chamber, Sentencia del 11 de julio de 2002, App. No. 28957/95.

¹⁰³ Rudolf Bernhardt, “Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights”, 42 German YM Int’l L 11 (1999) 16-17

¹⁰⁴ TEDH, GCh Application no 18030/11, 8 November 2016, §§10 -17

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

puede ser usada para la creación de nuevos derechos, porque esta practica constituye una actuación que contraría los artículos 31, 76 y 77 de la CADH.

5. Conclusiones

El cuidado comprende una actividad fundamental para el ejercicio de múltiples derechos contenidos en instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, a saber: vida, salud, educación, trabajo, integridad personal. El cuidado se constituye entonces como un medio necesario para la garantía de múltiples derechos. En esta intervención se propuso una visión proactiva de la H. Corte en relación con el derecho a la familia, como el escenario natural del cuidado, y los derechos de los cuidadores. Es fundamental que los órganos internacionales avancen en la promoción y garantía de estos derechos, que poco han sido desarrollados por los órganos internacionales.

Ahora bien, esta intervención también busca promover una visión crítica respecto de la creación jurisprudencial de nuevos derechos, y por el contrario, busca que se reconozca la necesidad de implementar vías para dotar de contenido y materializar los derechos existentes, que resultan suficientes para lograr los mismos objetivos que se plantean en relación con el cuidado de las personas. En muchas ocasiones la creación de nuevos derechos no solo no es efectiva para lograr una mayor protección material de las personas, sino que puede invisibilizar o restar efectividad y alcance a los derechos reconocidos y plasmados en los tratados internacionales ratificados por los Estados.

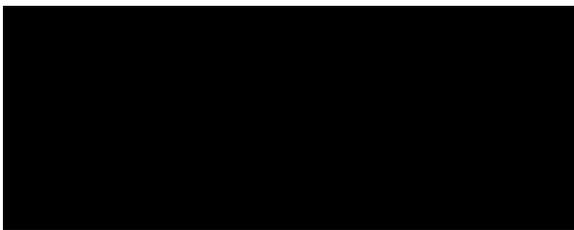
Así, vale la pena preguntarse cuál es el rol de la Corte Interamericana en relación con la protección de grupos poblaciones especialmente vulnerables. En consideración de los autores de esta intervención es promover la garantía efectiva de los derechos que se encuentran establecidos en la Convención. Es importante preguntarse si el rol de la Corte es crear ilimitadamente derechos para atender a las poblaciones vulnerables, creando la percepción de que hasta el momento de su creación no existían obligaciones concretas de los Estados para su protección. Isabel, su familia y todos los cuidadores y personas que requieren cuidados ya son titulares de derechos que deben ser garantizados, y dicha garantía no está condicionada al reconocimiento de un nuevo derecho, sino que implica la actuación inmediata de los Estados. De lo contrario: ¿cuántos más derechos deberá crear la Corte para que las poblaciones vulnerables sean titulares de derechos y se materialicen estos en su realidad cotidiana?

Sin perjuicio de lo anterior, por supuesto el cuidado desempeña un papel fundamental en la sociedad al preservar y proteger la salud de personas con enfermedades crónicas o discapacidades, y garantizar la vida e integridad de grupos vulnerables como los niños y los adultos mayores, en su mayoría dependientes. Los cuidadores, ya sean profesionales o familiares, desempeñan un papel esencial en la prestación de cuidados médicos y personales, tanto en entornos hospitalarios como fuera de ellos. En virtud de lo anterior, se sugiere que la Corte adopte una postura alternativa que busca el mismo fin y que no conlleva las enormes dificultades argumentativas y convencionales para la creación de nuevos derechos: esto es, refuerce y desarrolle el contenido y alcance del derecho a la familia, que es un elemento central de la sociedad y el escenario en el que, por naturaleza, se desarrolla y garantiza el cuidado a los individuos. Dado que la familia es esencial en

la búsqueda del bienestar de los individuos, encontramos alrededor de diez instrumentos internacionales que protegen el derecho a la familia y su relación con el cuidado. También se observa la aplicación de estos conceptos en los sistemas legales nacionales de la región.

Adicionalmente, es importante destacar que el acto de cuidar a una persona en una situación especial conlleva beneficios significativos para el beneficiario. Sin embargo, los cuidadores también enfrentan desafíos físicos, mentales y temporales. Por lo tanto, es crucial reconocer el valor de su labor y garantizar sus derechos humanos, tales como la vida, la integridad la salud, la libertad de conciencia y de religión, entre otros.

Finalmente, en nombre de Isabel, su familia, y las otras miles de familias con miembros en situación de discapacidad en las Américas, le solicitamos a la H. Corte que, más allá de crear en opiniones consultivas nuevos derechos -práctica que resulta problemática desde el punto de vista convencional, y poco efectiva en la práctica-, promueva escenarios que permitan la garantía efectiva de los derechos ya existentes. Isabel, María y Laura requieren que se proteja su salud, su vida, su igualdad, su educación, y ante todo que se promueva una visión protectora de las familias, como el escenario natural del cuidado.



ANA MARÍA IDÁRRAGA MARTÍNEZ



Profesora coordinadora de la Línea de Persona y Familia de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana



JUANA INÉS ACOSTA LÓPEZ

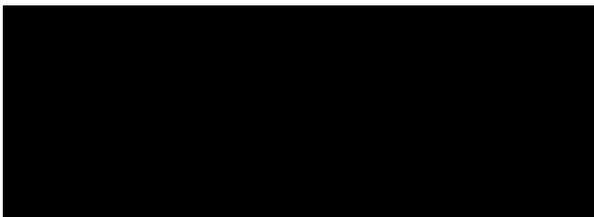


Directora de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana



MARÍA CARMELINA LONDOÑO

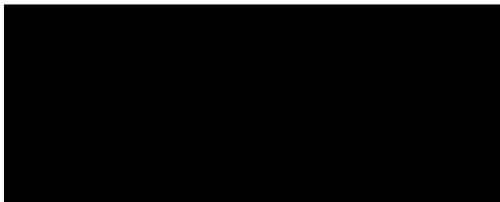
Directora del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana



MARÍA FERNANDA FLORES



 Nacional Autónoma de Honduras.



VERÓNICA HERNÁNDEZ



Estudiante de la Universidad de La Sabana.



DIANA SALCEDO MUÑOZ



Estudiante de la Universidad de La Sabana.



DARY MARÍA RIVERO



Estudiante de la Universidad de La Sabana.



ANDRÉS FELIPE RONCANCIO



Estudiante de la Universidad de La Sabana.